

CONVIVÊNCIA FAMILIAR: NECESSIDADE DE NOVOS CONCEITOS

*Daniela Bogado Bastos de Oliveira**

RESUMO: Este artigo busca demonstrar, à luz do direito civil constitucionalizado, a partir da análise de um caso concreto, a necessidade de se ampliar o conceito de família bem como de confirmar a força da paternidade socioafetiva, ou seja, da paternidade que é construída cotidianamente através da convivência familiar.

ABSTRACT: This article tries to demonstrate, from a constitutional perspective of civil law on a specific case, the need to expand the concept of family as well as confirm the strength of social affective paternity, that is, the paternity that is built routinely through family living.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A história de Alessandra: paternidade biológica e socioafetiva. 3. A ampliação da convivência familiar. 4. Um novo conceito de família. 5. Conclusão.

*Advogada. Mestranda da Faculdade de Direito de Campos. Bolsista da FENORTE. Trabalho apresentado como conclusão da disciplina de Relação de Família, ministrada pela Prof^a. Heloisa Helena Barboza.

1. Introdução

Trata-se da análise jurídica de um caso concreto que envolve a história de uma criança, Alessandra, filha biológica de Ana e Leonardo, adotada por Antônio,¹ com o objetivo de demonstrar, à luz do direito civil constitucionalizado, a necessidade de se ampliar o conceito de família bem como de confirmar a força da paternidade socioafetiva, ou seja, da paternidade que é construída cotidianamente através da convivência familiar.

Para tanto, se refletirá as entidades familiares, o poder familiar, a (ir)revogabilidade da adoção, o direito de visita e o princípio da ponderação em consonância com o Ordenamento Jurídico e com a jurisprudência, partindo-se da perspectiva de que as relações familiares devem servir como palco para o exercício da felicidade e para o pleno desenvolvimento da personalidade, bem como da crença de que não há padrões absolutos e, portanto, certos conceitos devem ser relativizados.

Assim sendo, após ser relatado no primeiro capítulo a história de Alessandra e a sua dupla paternidade: biológica e socioafetiva, no segundo capítulo será proposto a ampliação da convivência familiar, compatível com um novo conceito de família, delineado no terceiro capítulo, para, ao final se concluir que a legislação tem que acompanhar a multidiversidade familiar, respeitando sempre a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança e do adolescente.

2. A história de alessandra: paternidade biológica e socioafetiva

Ana, mãe solteira que registrou a filha apenas em seu próprio o nome, sem permitir que o pai biológico

¹ Os nomes são fictícios para preservar a identidade das pessoas envolvidas na situação.

(Leonardo) registrasse a criança, por já estar vivendo com outro homem (Antônio), que se tornou o pai afetivo e adotou Alessandra, filha de sua até então companheira. Este casal veio a ter outra filha.

Para evitar o reconhecimento da paternidade de Alessandra por parte do pai biológico, a mãe, na época lhe afirmou que ele não era o pai, fato este desmentido posteriormente, quando já casada com o pai socioafetivo que adotara a criança, sem que o pai biológico tivesse conhecimento.

Ao contar a verdade, a mãe da criança pediu ao pai biológico que nada fizesse para atrapalhar o seu casamento, que passava por uma crise e permitiu que este passasse a conviver com a criança e a irmã as quais passavam com o mesmo finais de semana.

Ressalta-se que Leonardo só veio saber da adoção da menina pelo marido de sua mãe, anos após, quando esta teve que lhe dar por escrito uma autorização para ele viajar com Alessandra e entregou-lhe a carteira identidade da mesma.

A mãe de Alessandra sofria das faculdades mentais, e constantemente tentava suicídio, utilizando-se desta fragilidade para manipular a situação em seu favor. Assim sendo, o pai biológico aceitou a situação de conviver com sua filha sem insurgir-se contra a adoção feita a sua revelia, apenas para poder visitar regularmente a filha e tê-la em sua companhia. Ocorre, porém, que a mãe da criança veio a falecer quando a menina contava nove anos e, a partir daí, o pai biológico com sua esposa passaram a ter o convívio da filha obstado pelo pai adotivo, que até então cedera aos caprichos de Ana.

É importante frisar que a criança sempre teve pleno conhecimento da existência da “dupla filiação” lidando com naturalidade com isto, tanto é que chama o pai biológico de “pai Le” e o pai adotivo de “pai Tônio”.

Porém, a partir do momento de que o pai adotivo, por quem ela nutre grande afeição, passou a rechaçar a

presença do pai biológico, a mesma sente-se inquieta e dividida, sem querer demonstrar ao primeiro o amor que sente pelo segundo.

Como Antônio enciumado não quis entrar em consenso com Leonardo, este resolveu pleitear na Justiça a desconstituição da adoção para ter sua filha com ele e sua esposa, assim como a guarda da irmã dela, para não separá-las, eis que se afeiçoaram também à menina.

Analisando este caso concreto entende-se que esta não é a melhor opção por não corresponder ao princípio do melhor interesse. Primeiro porque Alessandra sempre esteve totalmente adaptada ao pai adotivo, segundo porque a adoção é um ato irrevogável e, portanto, a desconstituição da adoção confrontaria a coisa julgada, que também é um direito fundamental e, a princípio, só deveria ser relativizado se fosse o caso da criança requerer o reconhecimento da filiação em razão da imprescritibilidade da paternidade, do direito à identidade genética e dos princípios embaixadores da doutrina da proteção integral.

Assim sendo, deve-se procurar conciliar amigavelmente, sem mexer com a adoção, para permitir à menina a convivência com ambos os pais, pois a multiplicidade do vínculo familiar já faz parte da realidade de Alessandra.

Cada pai – o biológico e o adotivo - com seu respectivo grupo familiar, em nome do afeto, deve se organizar da forma que achar mais conveniente, ainda que saiam da comodidade dos padrões tradicionais.

A concepção de família de Alessandra é mais ampla. Como agora reduzi-la? A redução seria uma violência psicológica para ela, que recentemente já teve o trauma da morte da mãe. Negar-lhe o convívio com o pai biológico é forçar a inexistência de uma situação fática e limitar a existência plena da menina, visto que o seu relacionamento com o mesmo ganha importância não pela consangüinidade, mas pelos laços afetivos cultivados. E

este é o detalhe primordial: no caso em tela, não se trata simplesmente de decidir entre a paternidade biológica e socioafetiva, afinal, o que Leonardo quer não é apenas em razão do parentesco de sangue, mas também da afetividade que ele e sua esposa cultivaram por Alessandra e sua irmã. Até porque, em última análise, todos filhos são adotados, até os biológicos uma vez que a relação de filiação se constrói com a atenção compartilhada que se intensifica. O amor não é um dado natural, mas construído.

O conhecimento dos genitores envolve o conhecimento da própria origem da pessoa. Geralmente, o “trauma” das pessoas adotadas é descobrir que foram adotadas e pensarem na rejeição dos genitores. No caso em análise isto não ocorre. Mas a disputa judicial pela menina pode ser problemática, por forçar-lhe a escolher um pai.

Maria Christina de Almeida explica que:

o estado de filiação detém, neste rumo, uma base ambivalente: de um lado, preside o vínculo entre pais e filhos a verdade genética; de outro, surge uma nova face da filiação, porque “ser filho” é algo mais do que ser geneticamente “herdeiro” de seu progenitor, porquanto a figura paterna pode não ter contribuído biologicamente para o nascimento daquele que é “seu filho”, porém, possibilitou que o vínculo fosse construído sobre outras bases, que não genéticas. Diante deste paradoxo de verdades, é preciso dizer que não deve haver prevalência ou predomínio de uma dimensão sobre a outra. A constituição jurídica da filiação pode ser fundada tanto na consangüinidade - já que ser filho é, antes de tudo, um dado biológico

- quanto na socioafetividade - elo formado pelos laços afetivos, história pessoal de cada membro pautada por alegrias e tristezas, ligações de parentesco, apoio, comprometimento, solidariedade e influência do ambiente familiar e social, realidade esta que os testes científicos da descoberta da filiação não podem alcançar. Na hipótese de ocorrer um conflito entre a dimensão biológica e a diretriz socioafetiva, recomenda-se que somente à luz do caso concreto, mediante um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, e ainda, calcando-se na ponderação de interesses, é que se deverá fazer prevalecer um ou outro vetor. Tal solução leva em conta a idéia de que não deve haver supremacia de uma dimensão sobre a outra, mas sim, deve o julgador fazer uso do princípio do melhor interesse da criança para decidir por uma verdade biológica ou por uma verdade socioafetiva. Assim, recomenda-se a adoção principiológica de uma base ambivalente da verdade e construção da filiação no Direito brasileiro, abrindo as portas para uma verdade ou outra, a depender do caso concreto.²

O ordenamento jurídico brasileiro é calcado na primazia das situações existenciais em razão da dignidade da pessoa humana como fundamento da República. De

² ALMEIDA, Maria Chrisitna de. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em: 29 dez. 05.

acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, "o princípio cardeal do ordenamento é o da dignidade humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade."³

Se "o indivíduo existe enquanto em relação com os outros" e "a solidariedade objetiva decorre da necessidade imprescindível da coexistência,"⁴ fundamental o sentido de alteridade. E este contato com o outro, a divisão de espaço, o respeito da privacidade que nos torna menos egoístas e interfere na personalidade da pessoa ocorre primordialmente no contato familiar.

É preciso libertar o Direito de Família das concepções tradicionais e taxativas e garantir a Alessandra o seu âmbito de convivência familiar ampliado, numa ótica mais solidária, para concretizar sua dignidade existencial.

Por outro lado, genericamente pensando, a pessoa que adota não quer interferência da família biológica e com a adoção não perdura nenhum vínculo, salvo impedimento matrimonial.

O ponto principal é que, diante da diversidade de peculiaridades dos casos concretos, para se encontrar a solução mais justa ou, a forma de melhor regulamentar uma situação deverá se observar princípios gerais, sendo certo que no confronto entre direitos fundamentais deverá se usar o critério da razoabilidade.

É uma colcha de retalhos que deve ser alinhavada com sutileza para observar e ponderar cada detalhe que se demonstra relevante.

A diretriz deve ser encontrada levando em consideração o princípio do melhor interesse.

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 190.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. Op. cit. p. 169-171.

3. A ampliação da convivência familiar

No caso concreto em análise, ao considerar o princípio do melhor interesse, entende-se que a solicitação de Leonardo de estar junto com sua filha pode ser atendida com o direito de visita, assegurando-se, assim, a convivência familiar.

Para tanto, basta partir da analogia do direito de visita dos avós:

DIREITO DE VISITA. PEDIDO DOS AVÓS PATERNOS. GUARDA DA CRIANÇA PELA MÃE ESTANDO O PAI COM O PODER FAMILIAR SUSPENSO. PEDIDO AUTÔNOMO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS.

1. Os avós têm o direito de visitar o neto e este de visitar os avós, sendo decorrência do liame parental. 2. Embora esse direito deva ser exercido naturalmente, é cabível a regulamentação judicial quando lhes é negado o convívio com a criança e o genitor está com o poder familiar suspenso. Recurso provido. _ SEGREDO DE JUSTIÇA_ (Apelação Cível Nº 70010622280, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 18/05/2005).⁵

Do acórdão referente à ementa supramencionada se destaca os seguintes trechos:

trata-se de um processo onde o avô paterno e os padrinhos do menor, que

⁵ Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 28 dez. 2005.

são tios por parte do pai, pleiteiam a regulamentação autônoma de direito de visita ao neto que se encontra sob a guarda da mãe, alegando que esta impede qualquer contato entre Leonardo e toda a família paterna (...) a prioridade ao direito à convivência familiar, é princípio assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como pelo Estatuto do idoso (...) não se pode desconsiderar que os avós têm o direito de visitar o neto e este de visitar os avós, sendo decorrência do liame parental. Embora esse direito deva ser exercido naturalmente, é cabível a regulamentação judicial quando é negado ao avô o convívio com a criança e o genitor está com o poder familiar suspenso (...) É preciso convir, também, que não existe qualquer impedimento para o avô manter um contato salutar com o neto" (...) Ou seja, as visitas podem se dar no ambiente da família materna ou, ainda, fora desse ambiente, mas de forma supervisionada, de maneira tal que seja impedida qualquer aproximação com o genitor, tal como ficou decidido na apelação cível. Assim, não só podem os parentes paternos manter convívio com o infante, como essa relação parece-me conveniente, cabendo o processo ter curso e a regulamentação ser decidida em primeiro grau. Observo, pois, que o direito de visita do avô é subsidiário daquele conferido aos pais e pode, também, em alguns casos, figurar até mesmo como um limitador ao exercício abusivo do próprio poder familiar dos pais. E esse direito decorre do próprio vínculo de solidariedade familiar, que não

pode ser desprezado. Esse direito, aliás, guarda igual simetria em relação às obrigações econômicas e sociais que a lei impõe aos avós, que vai da suplementação da obrigação alimentária, passa pelo exercício eventual da guarda e vai até o exercício da tutela ou da curatela. No caso em tela, como os parentes paternos estão privados do convívio próximo com Leonardo, existem ponderáveis razões para que se lhes seja deferida a visitação, direito este que está sendo negado. Destarte, cabível seja reconhecido ao avô, de forma autônoma, o direito de visitas, facultando-se, também, que este se faça acompanhar dos demais parentes postulantes, que são também padrinhos do infante.⁶

O direito de visitação dos avós aos seus netos decorre dos vínculos de filiação, constituindo direito inafastável.

DIREITO DE VISITA. DIREITO DAAVÓ. POSSIBILIDADE. O direito de visitação dos avós aos netos, mesmo quando há conflito com os titulares do pátrio poder, decorre: 1. Dos vínculos oriundos da filiação; 2. É fruto da solidariedade familiar; 3. É uma obrigação oriunda do parentesco; 4. É uma garantia da manutenção dos vínculos de afeto e dedicação dos avós aos netos. (RESUMO) (Apelação Cível nº 591067699, Oitava Câmara Cível, TJRS, RELATOR: Des. Gilberto Niederauer Corrêa, julgado em 02/04/92).⁷

⁶ Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em 28 dez. 2005.

⁷ Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em 28 dez. 2005.

Avos. Direito de visita. A lei não assegura aos avós o direito de visita. A jurisprudência consolidou-se no sentido de garantir tal possibilidade, quando comprovada a existência de saudável convivência com avós e com o fito de preservar o vínculo afetivo e assegurar o desenvolvimento dos netos com uma base familiar mais sólida. Apelo Desprovido. (Apelação Cível nº : 70003280377. TJRS. Relatora: Des. Maria Berenice Dias. Data do julgamento: 27/02/2002)⁸

Assim como não há legislação amparando o direito de visita dos avós, mas este é assegurado pela jurisprudência quando comprovados o vínculo afetivo e a convivência das partes, uma jurisprudência inovadora não pode ignorar situações como a de Alessandra, tão somente por não estar prevista em lei.

Exatamente pensando na base familiar e afetiva mais sólida, entende-se que a menina não pode ser privada da convivência com seu pai biológico e a família deste, que a ama e é por ela amada desde a mais tenra idade, embora ele não detenha o poder parental.

Também se pode pensar em alguns dos argumentos justificadores da guarda compartilhada para respaldar o direito de visita na perspectiva de que com a convivência familiar se poderá influir na educação e desenvolvimento do filho, eis que “tanto a guarda como a visitação expressam direitos que são exercidos em favor de ambos: guardião / custodiado e visitante e visitado.”⁹

Segundo Rodrigo da Cunha, a guarda compartilhada veio instalar um novo paradigma, uma nova concepção

⁸ Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em 28 dez. 2005.

⁹ FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito de visitação sob o prisma do afeto*. Niterói: Impetus, 2005. p. 36.

para a realidade de filhos de pais separados, pois o ideal é que os pais, mesmo separados, continuem compartilhando a educação e o cotidiano de seus filhos eis que não se educa filho vendo-os de quinze em quinze dias:

“A participação mais efetiva e afetiva do pai na vida do filho tornou-se um imperativo ético do nosso tempo... para que as crianças não se tornem adultos-problema, é imprescindível cuidar dos filhos educá-los, em seu cotidiano com a participação de ambos os pais. Este é o melhor interesse da criança e que a guarda compartilhada bem o traduz.”¹⁰

Nesta linha de raciocínio, compreende-se que se deveria começar a pensar na hipótese dos dois pais ou do pai com outra pessoa que exerça o papel parental, independente do poder familiar, dividirem as responsabilidades de modo a influir eficazmente na identidade¹¹ da criança.

A verdade é que “todo afeto necessita de proximidade física e emocional. Deve ser conquistado com e na convivência. É na intimidade das relações construídas no cotidiano que germina, cresce e frutifica” o amor que necessita de “reciprocidade desenvolvida em um relacionamento estreito e contínuo que assegure confiança e familiaridade aos que dele se nutrem”. Até porque,

se o amor não é dado, ele não está garantido de antemão, mas, ao contrário, demanda empenho, cuidado

¹⁰CUNHA, Rodrigo. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em 29 dez. 2005.

¹¹Quanto à importância do nome, como bem de família, para a identidade da criança ventila-se a possibilidade da criança “adotar” o sobrenome do pai biológico também para que ela se reconheça integrante da família biológica.

e investimento dos que integram uma relação amorosa, qualquer que seja ela – entre mãe e filho, pai e filho ou outras figuras privilegiadas que exerçam as funções parentais e a criança.¹²

Não obstante, o próprio artigo 1584 do CC informa que o juiz ao deferir a guarda deve levar em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, o que se encontra presente na relação de Alessandra e Leonardo.

Necessário também refletir que as famílias reconstituídas amplificam o conteúdo socioafetivo das relações familiares

pelo que ao parentesco entre um cônjuge ou companheiros e os filhos do outro tributa-se um vínculo familiar pleno, pois tão naturais as emoções, os estados psíquicos derivados de laços afetivos, a dedicação, o esforço e a assistência quanto o vínculo sanguíneo.¹³

Assim, se a madrasta ou mãe afim, por exemplo, se afeiçoa com o enteado, como a afinidade não se dissolve com a separação desta com o pai da criança, ela deveria ser concedido o direito de visita. Afinal, ainda que a passos lentos, pode-se verificar atualmente uma tendência, explicada pelo dinamismo social, de “fixação da guarda ou do direito de visitação a favor de alguém que não possua qualquer vínculo biológico para com o menor.”¹⁴

¹² FRAGA, Thelma. Op. cit. p. 60-61.

¹³ GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 666-672.

¹⁴ FRAGA, Thelma. Op. cit. p. 37.

Aliás, deveria “transformar as figuras dos pais afins, silenciadas pela própria lei, em figuras positivamente integrantes, sem oposições ou omissões”, repensando, inclusive o poder familiar para que os confira certa autoridade, “que nasce da convivência e da responsabilidade de todo adulto sobre o menor a seu encargo.”¹⁵

Desdobrando o raciocínio supra, não faz sentido a atual companheira de Antônio, pai adotivo de Alessandra, ter livre acesso, contato e influência à menina, que é sua enteada, podendo, inclusive, futuramente em caso de separação do casal pleitear-lhe a visita, e o pai biológico, com o qual a criança sempre conviveu enquanto estava viva sua mãe, não ter ao menos estes direitos. Se já é possível o direito de visitação e guarda para quem não tem o menor vínculo biológico quanto mais para Leonardo, que tem tanto o vínculo sanguíneo e afetivo.

Além do mais, é importante entender que deve ser suprimido “o paradigma da exclusividade do exercício da autoridade parental, que pode ser compartilhada com outras pessoas, avós, tias, babás, professoras ou pais e mães afins”, o que é positivo para o desenvolvimento dos filhos por enriquecer ou compensar as carências vinculares e por legitimar a “parentalidade psicológica, social e afetiva”. Deve-se estimular

os compromissos e as responsabilidades de quem cotidianamente coopera nos cuidados de menores que se criam e se educam no seio desses novos e provocantes núcleos de afeto e companheirismo par a não excluí-los da proteção do Estado.¹⁶

¹⁵GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 666, 672.

¹⁶GRISARD FILHO, Waldyr. Op. cit. p. 669-673. O autor, na p. 658, explica que a “pluralidade familiar, embora consagrada no texto constitucional, não foi suficiente para desvendar as articulações entre a instância legal e as práticas sociais”.

4. Um novo conceito de família

Indubtavelmente a família, que deve ser o reduto do afeto e de promoção da pessoa humana, “assume espaço importante para a realização dos direitos fundamentais infanto-juvenis.”¹⁷

De acordo com Heloisa Helena Barboza, a maior função reconhecida à família é de “ser o ‘núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus membros’, ou seja, ser a sede de realização de potencialidades da pessoa, com integral preservação de sua dignidade.”¹⁸

A Constituição Federal de 1988 transformou a “família-instituição” em “família-instrumento” que se volta “para o desenvolvimento da personalidade dos seus membros, sendo, portanto, de crucial importância à preservação das estruturas psíquicas dos indivíduos”, o que envolve a “garantia de convívio com aqueles que lhe representam afeto”.¹⁹

Salienta-se, assim, que:

sob múltiplas influências, alteram-se os vínculos internos da família. Embora o exame de DNA permita certeza quanto à existência de vínculo biológico, o estabelecimento da paternidade encontra outro fundamento na socioafetividade, quando melhor possa atender os

¹⁷PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas da convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 633.

¹⁸BARBOSA, Heloisa Helena. A família na perspectiva do Código Civil vigente. In: LOYOLA, Maria Andréa. (org.). *Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: ABEP, 2005. p. 153.

¹⁹FRAGA, Thelma. Op. cit. p.45.

interesses do filho. O afeto ganha reconhecimento jurídico, sobrepondo-se ao liame puramente jurídico ou sangüíneo. O poder familiar já não se cinge ao exercício do tradicional 'pátrio dever', de natureza sobretudo patrimonial. Devem ser respeitados e atendidos os direitos inerentes à condição de pessoa em desenvolvimento do filho. Não basta pagar alimentos, é necessário dar assistência integral ao filho. A visita é um direito do filho, porque influente em sua formação, antes de ser um direito dos pais.²⁰

A identidade da filiação deve ser "construída na complexidade das relações afetivas, que se apresentam a partir das escolhas do ser humano", pois

cada família necessita lidar com seus padrões e conceitos para deles fazer emergir uma maneira original de constituir um grupo familiar com funções, direitos e deveres que atendam aos que dele participam, numa tentativa complexa de construir um relacionamento ou uma configuração vincular que lhes dê sentido de intimidade, pertinência e diferenciação.²¹

Ao explicitar da necessidade de ampliação do conceito de família, inclusive para inclusão de comunidades familiares homossexuais, Heloisa Helena Barboza observa que o reconhecimento de composições

²⁰ BARBOSA, Heloisa Helena. Op cit. p. 151-152.

²¹ FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito de visitação sob o prisma do afeto*. Niterói: Impetus, 2005. p. 108, 54.

familiares diferentes das tradicionais já foi admitida para garantir o direito à moradia e opina que “com igual ou maior razão devem ser analisadas outras formações, com base em outros princípios constitucionais, como os da igualdade e da solidariedade.” Afinal, os casos concretos que revelam a diversidade de situações sociais já existentes, demonstram que:

não basta apenas procurar a solução jurídica, possível de se encontrar mediante criterioso trabalho de ponderação dos princípios envolvidos em cada caso (...), a justiça não é alcançada por mera aplicação da lei, mas sim pela sua adequada interpretação, que deve levar em conta todas as pessoas atingidas e as peculiaridades de cada caso, que cada vez mais, devem ser examinadas à luz dos diferentes ramos do saber.²²

Daniel Borillo, ao tratar da adoção por homoafetivos, explica que o que importa é o exercício da função paterna independente de um referencial tradicional de um pai ou uma mãe.²³ Por que, então, não ter dois pais ou duas mães?

Aliás, não é estranho à cultura brasileira ouvir falar em “pais de criação”, “minha segunda mãe”, “mãe de leite”, “mãe preta”, crianças cuidadas por vizinhos, ou irmãos mais velhos, padrinhos que assumem a responsabilidade escolar e econômica também numa demonstração de afeto...

O presente momento histórico deve ser de democratização dos modelos familiares. Afinal, “o ser humano, hoje, busca sua realização como pessoa, ainda

²² BARBOSA, Heloisa Helena. *Op cit.*, pp. 153.

²³ BORRILLO, Daniel. Palestra proferida na Faculdade de Direito de Campos, no dia 19 ago. 2005.

que para obter tal realização, tenha de enfrentar obstáculos advindos de conceitos ultrapassados.”²⁴

Paulo Luiz Netto Lobo aponta que o pluralismo das entidades familiares, um avanço constitucional, ainda se acha aturdido quanto à hierarquização axiológica entre elas e quanto à indicação ser ou não *numerus clausus*, embora haja a tendência de extensão do que se considera entidade familiar, eis que pesquisas têm demonstrado um perfil das relações familiares diferenciado dos modelos legais, mas que, de todo modo, apresentam características comuns como afetividade, estabilidade e ostensibilidade:

- a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos; b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade; c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável); e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental); f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental); g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupos de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais; h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter

²⁴ FRAGA, Thelma. Op. cit., 2005. p. 107. A propósito, neste sentido, a autora fala do “reclame atual do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como uma das facetas múltipla do conceito de família.”

permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; i) uniões sexuais, de caráter afetivo e sexual; j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; l) comunidade afetiva tomada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.”²⁵

Tânia da Silva Pereira, ao tratar das famílias possíveis num novo paradigma da convivência familiar e afirmar que as entidades familiares identificadas explicitamente no nosso sistema jurídico não são suficientes para atender às necessidades de proteção e que por isso “outras formas de família hão de ser reconhecidas nessa mesma categoria constitucional, para obterem a proteção do Estado”, também elenca tipos diferentes de composição familiar:

1. família nuclear, incluindo duas gerações, com filhos biológicos; 2. famílias extensas, incluindo três ou quatro gerações; 3. famílias adotivas temporárias; 4. famílias adotivas, que podem ser bi-raciais ou multiculturais; 5. casais; 6. famílias monoparentais, chefiadas por pai ou mãe; 7. casais homossexuais com ou sem crianças; 8. famílias reconstituídas depois do divórcio; 9. várias pessoas vivendo juntas, sem laço legais, mas com forte compromisso mútuo.²⁶

²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 1-2.

²⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Famílias possíveis: novos paradigmas da convivência familiar*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). *Afeto, Ética, Família e o*

Outrossim, o direito também confere a alguns grupos sociais a condição de entidades familiares para certos fins legais como é o caso da impenhorabilidade do bem de família; do usucapião especial em favor do grupo familiar que possua o imóvel como moradia e da lei de locação que compreende todos os residentes que vivam na dependência econômica do locatário.²⁷

Para Luiz Edson Fachin, na elasticidade que o espaço jurídico principiológico propicia, a jurisprudência deve reafirmar seu papel de construção.²⁸ O Direito é justamente uma força de transformação da realidade e deve, na atualidade, “estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e do direcionamento de sua vida particular: de sua trajetória individual.”²⁹

Todavia pensar nos efeitos jurídicos decorrentes desta extensão das entidades familiares. A questão não parará só no afeto porque envolverá benefícios previdenciários, alimentos e herança, eis que na hora que se reconhece uma família deve-se pensar nos efeitos pessoais e patrimoniais que esse reconhecimento vai produzir.

“Há sempre defasagens entre a nova consciência social (teoria) e o comportamento que dela é resultante

novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 649. A autora diz inclusive que “não podemos ignorar as comunidades formadas por pessoas que se propõem viver em grupo, motivadas muitas vezes por razões religiosas ou ideológicas, sem afastar as iniciativas de agrupamentos na busca da sobrevivência ou auto-suficiência”. p. 634.

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Op. cit. p. 2.

²⁸ FACHIN, Luis Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 17. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 35

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 779, set. 2000. São Paulo: RT, 2000. p. 56-57.

(práxis), entre os valores apregoados e a prática cotidiana". Daí a necessidade da reposição dos conceitos estruturantes do direito consoante o primado da pessoa humana.³⁰

Destaca-se que muitas vezes o novo vem para alcançar antigos desejos.³¹

Neste sentido, afirma-se que "a família constrói sua realidade através da história compartilhada de seus membros" e que incumbe ao direito, diante da realidade, criar mecanismos de proteção para a tutelar a convivência familiar e comunitária, visando especialmente às pessoas em desenvolvimento.³²

5. Conclusão

Os conceitos pautados na família tradicional já são insuficientes para a solução de diversos casos concretos que devem ser norteados pelo preponderante conceito da socioafetividade, tendo como meta a aplicação do princípio do melhor interesse, expressão da Doutrina da Proteção Integral.

A legislação pátria regulamenta a adoção como forma de colocação em família substituta, o poder familiar, a guarda, o direito de visita dos pais etc, porém, as soluções apontadas no decorrer deste trabalho, no intuito de ampliar a convivência familiar, não têm previsão legal expressa.

No entanto, estão em consonância com o Ordenamento Jurídico e com a tendência jurisprudencial, justamente, por buscar o aprimoramento da compreensão de que as relações familiares devem servir,

³⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil: tendências*. Op. cit. p. 57.

³¹MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil: tendências*. Op. cit. p.63.

³² PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas da convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 648.

incondicionalmente e de forma ampliada, como palco para o exercício da felicidade e para o pleno desenvolvimento da personalidade.

Para tanto, deve-se pensar na potencialidade de ter mais de um pai ou uma mãe, contanto que esteja assegurada para a criança a função parental, bem como se desatrelar o direito de visita do poder familiar.

De fato, para se aplicar o Direito de Família é vital dar uma mão a Constituição e outra a sensibilidade, numa ótica interdisciplinar.

Família real é a que cativa o afeto através da convivência familiar contínua, independente de padrões preconcebidos.

O direito precisa compreender as peculiaridades de cada grupo familiar, para garantir, efetivamente, o sentido da pluralidade assegurada constitucionalmente.

Referências:

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 161-179.

ALMEIDA, Maria Chrisitna de. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em 29 dez. 2005.

BARBOSA, Heloisa Helena. A família na perspectiva do Código Civil vigente. In *Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. LOYOLA, Maria Andréa. (Org.). Rio de Janeiro: ABEP, 2005.

BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no direito de família: direito á busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 41-60.

BORRILLO, Daniel. *Palestra proferida na Faculdade de Direito de Campos*, no dia 19 ago. 2005.

CUNHA, Rodrigo. Disponível em: www.ibdfam.com.br. Acesso em: 29 dez. 2005.

FACHIN, Luis Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, 17. Porto Alegre: Síntese, 2003.

FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito de visitação sob o prisma do afeto*. Niterói: Impetus, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Constituição e Direito Civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, vol. 89, n. 779, set. 2000. São Paulo: RT, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. (coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas da convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.